V.

Zur Lehre vom sogenannten 1) Beweis durch Kunst- und Sach-Verständige, insbesondere aber über deren von Amtswegen verfügte Beiziehung im Civilprozeß.

Von

Herrn Actuarius **Walther** zu Rudolstadt.

Einleitung.

§. 1.

Es ist ein für den ersten Anblick in der That befremdender, und nur nach tieferem Eindringen in den Geist der gegenwärtigen Lehre erklärbarer Umstand, daß dieselbe, trotz ihrer ungemeinen praktischen Bedeutsamkeit, in den gemeinrechtlichen Quellen so dürftig und lückenhaft behandelt wurde. Die zahlreichen Meinungsconflikte auf ihrem Gebiet sind daher eine nothwendige Folge, und so lange diese nicht beseitigt sind, muß jeder neue, auf ernste Forschung gegründete, und die bestmöglichste Sicherstellung des materiellen Rechts beabsichtigende, Beitrag als ein wahrer Gewinn für diese Materie betrachtet werden. In dem eben Gesagten liegt aber die, in unsern Tagen oft hintangesetzte, Wahrheit, daß die Aufstellung neuer Ansichten nicht überall, und besonders dann wenig Anerkennung verdiene, wenn das Vorhandene größerer Ausbildung nicht nur fähig, sondern sogar bedürftig ist. Den

---

1) Die Rechtfertigung für diese Redeweise ist im siebenten § zu finden.

Verfasser vorliegender Abhandlung leitete deshalb vorzugsweise das eifrige Bestreben, den, im Bereiche dieser Einzelnwissenschaft bereits gewonnenen, Resultaten durch die Ergebnisse seines Studiums dauernde Haltbarkeit verschaffen zu helfen, zugleich aber auch nach Möglichkeit zur Entfernung eingeschlichener Irrthümer beizutragen, und ein solches Bemühen erschien ihm erfolgreicher, als wenn er, vielleicht sogar aus eiteln Beweggründen, einige Novitäten zu Tage gefördert hätte, deren ganzes Verdienst am Ende kein anderes gewesen, als zur noch größeren Unsicherheit der Meinungen in dieser Wissensbranche Anlaß gegeben zu haben. — Einen sehr treffenden Beleg für die Richtigkeit des Bisherigen liefert v. Savigny in seinem System des heutigen römischen Rechts, Band 1. pag. XXIII der Vorrede, wo es heißt: Man habe angefangen, einen übertriebenen Werth zu setzen auf die Erzeugung neuer Ansichten, in Vergleichung mit der treuen, liebevollen Ausbildung und befriedigenden Darstellung des schon Erforschten, obgleich auch bei dieser, wenn sie mit Ernst geschehe, das schon Vorhandene stets eine neue Gestalt annehmen, und so zum wirklichen, wenn auch weniger bemerkbaren, Fortschritt der Wissenschaft führen werde.

§. 2.

Angabe und Beleuchtung der gemeinrechtlichen Quellen.

I. Des römischen Rechts.

Die in der Einleitung berührte Klage, über Vernachlässigung unserer Lehre in den Quellen, findet schon hier ihre theilweise Bestätigung. Denn die Ausbeute im römischen Rechte, ist insofern eine durchaus ungenügende, als man daselbst, statt der gehofften erschöpfenden Entwickelung der Grundsätze über die in Frage befangene Materie, nur eine kurze Reihe von zerstreut vorkommenden Fällen findet, in denen noch dazu immer nur einzelne Arten von Kunst- und Sachverständigen in Anwendung gebracht werden. Im Gebiete

des bürgerlichen Prozesses bewegen sich gerade die wenigsten Fälle. Die meisten sind rein administrativer Art, und meines Wissens nur ein einziges Pandektenfragment gedenkt des Gebrauchs der Experten in criminalrechtlicher Beziehung. Zum Beweis dieser Behauptungen sollen die betreffenden Gesetzstellen selbst angeführt werden, welche nach dem Bisherigen also auf drei Classen reducirt werden können.

A) Von wirklicher Verwendung von Kunst- und Sach-Verständigen im Civilprozeß reden:

1) D. X. 1. (Fin. regund.) fr. 8.

2) D. XI. 6. (Si mensor falsum modum dixerit.) fr. 3. §. 4.

3) C. III. 39. (Fin. regund.) const. 3.[2]).

4) C. IV. 21. (De fide instrumentorum) const. 20.

5) Nov. 73. cap. 7. pr.

Wir lernen durch diese Stellen nur zwei Gattungen von Kunst- und Sach-Verständigen, Geometer und Schreibverständige, nebst einigen abgerissenen Bestimmungen aus dem Verfahren mit denselben, also doch immer nur einen sehr klei-

---

2) Wenn Seeger in seiner unten anzuführenden Abhandlung S. 38. der Meinung ist: nach den unzweideutigen Worten dieser drei Stellen würde der Feldmesser lediglich vom Richter beigezogen, könne also auch nicht als ein von der einen oder andern Partei ernannter Beweiszeuge angesehen werden, so kann man sich mit dieser Ansicht doch nicht befreunden. Zwar spricht die erste Stelle nur vom officio judicis; Beweisführung durch die Parteien in diesem Fall ist ja doch aber nicht ausgeschlossen. Aus den Worten der zweiten Stelle: „Plane si a judice adhibitus" ergibt sich ferner, daß Beiziehung des Sachverständigen eben so gut stattfand, und bei den ganz allgemeinen Worten der dritten Stelle: „et tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca;" kann man doch recht füglich dem Gedanken Raum geben, daß der richterliche Befehl sich auf einen vorgängigen parteilichen Antrag stütze. Die Worte: „jussione Rectoris provinciae" sind nicht hinderlich, denn sie beziehen sich blos auf den Fall, si altera pars — se subtraxerit.

nen Theil unserer Lehre kennen. Weil sie aber das einzige Material, hinsichtlich der Verwendung von Experten im Civilprozeß darbieten, verdienen sie die genaueste Beachtung, und ihr Inhalt muß nach Möglichkeit zum Besten des behandelten Stoffes ausgekauft werden. Sie erscheinen gleichsam wie Bruchstücke einer größeren, aber verloren gegangenen, wissenschaftlichen Erörterung, und sind hauptsächlich der zu gewinnenden Analogien wegen wichtig.

Zwar rechnet Seeger, im §. 38. seiner angezogenen Schrift, auch C. X. 1. (De jure fisci.) const. 2. hieher, allein diese Stelle [3]) gehört meines Erachtens lediglich vor das Forum des Administrativrichters, und der Sinn derselben kann kein anderer seyn, als daß die von den Tabularien [4]) aufgestellte Rechnung so lange, als sie der Procurator des Fiscus nicht genehmigt habe, einer res judicata nicht gleich zu achten sey.

B) Folgende Stellen, auf die man sich zu Gunsten unserer Lehre ebenfalls vielfach berufen hat, gehören mehr oder weniger in das Geschäftsleben der Verwaltungsbehörde, sind aber, der daraus zu ziehenden Analogieen wegen, auch von Erheblichkeit: 1) D. XXV. 3. (De agnoscend. et alend. liberis.) fr. 5. §. pen. Es handelt sich hier nicht um einen förmlichen Rechtsstreit, sondern um die, unter gerichtlicher Aufsicht durch einen arbiter zu bewirkende, Würderung des Vermögens des libertus, um die Höhe der dem Patron ge-

---

3) Sie lautet also: Instar rei judicatae obtinere minime potest computatio a Tabulariis facta: nisi sententia Procuratoris fuerit comprobata.

4) Es sind nicht die, von den Römern in gerichtlichen Geschäften gebrauchten, tabularii gemeint, von denen Brissonius de verb significat. sagt: instrumenta publica testationesque conscribunt, sondern eine zweite Gattung derselben, die im Dienst der Städte sich befanden, und das Steuer- und Rechnungs-Wesen zu besorgen hatten. Vergl. Jac. Gothofredus in Commentar. ad Cod. Theodos. Tom. II. pag. 488.

festzlich zu leistenden Alimente zu bestimmen. Für uns wenig fruchtbringend.

2) Der bekannten, und zur Rechtfertigung des Princips der Stimmenmehrheit bei Meinungscollisionen unter den Kunst- und Sach-Verständigen so oft allegirten, Stelle: **D. XXV. 4. (De inspic. ventre) fr. 1. pr.** kann, als einer lediglich provisorisch angeordneten, und höchst singulären Maaßregel ebendeshalb auf unsere Lehre nur ein sehr unbedeutender Einfluß zugestanden werden. Näheres darüber weiter unten.

3) **D. XXXVII. 9. (De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus.) fr. 1. §. 25.** Diese Gesetzstelle beschäftigt sich vorzugsweise mit der Sorge für Erhaltung des, dem nasciturus vom verstorbenen Vater hinterlassenen, Vermögens unter vormundschaftlicher Einwirkung, und von der geschehenen Einleitung des Prozesses ist durchaus noch keine Rede.

4) **C. V. 9. (De secundis nuptiis.) const. 6. §. 1.** Hier wird bestimmt, daß der zur zweiten Ehe geschrittenen Wittwe das Moiliarvermögen des verstorbenen Gatten, nach vorgängiger legaler Würderung durch, von Ersterer und den Kindern der früheren Ehe gewählte, vereidigte Arbitri, und zur Genüge geleisteter Caution, nießbräuchlich überlassen werden soll. Eine Verordnung, die in den Geschäftskreis des Civilrichters durchaus nicht einschlägt.

5) **C. XII. 36. (De re militari.) const. 6.** Auf den Grund des vom Militärarzt abgegebenen Gutachtens soll der Richter, nach genauer Untersuchung der Umstände, die Entlassung verfügen oder versagen. Also wieder kein prozessualischer Fall.

6) Nicht anders verhält es sich mit **Nov. VII. cap. 3. §. 2.** Diese Stelle handelt von zeitweiser Verleihung kirchlicher Emphyteusen, und dabei wird §. 2. verordnet, daß, zur Vermeidung möglicher Beeinträchtigungen der Kirche, von einer bestimmten Anzahl Geistlichen, unter Beihülfe zweier ausgezeichneten, jedoch vereidigten Mechaniker oder Architek-

ten, im Fall der Noth auch eines einzigen, herausgesetzt werden solle, wieviel für die Verleihung einer solchen Emphyteuse zu nehmen sey. Lediglich eine Verwaltungssache.

7) **Nov. LXIV. cap. 1.** Gleiche Bewandtniß hat es hiermit. Diese Novelle handelt **de hortulanis constantinopolitanae civitatis**, und es wird darin festgesetzt, daß, um die Eigenthümer der Gärten vor der Schlechtigkeit und Betrüglichkeit durch die Gartenpachter sicher zu stellen, die im Garten befindlichen Küchengewächse, beim Anfang und Beendigung der Pachtzeit, durch vereidigte Sachverständige, **Summarii** genannt, abgeschätzt, und in gleichem Zustand restituirt werden sollen. Wollte man auch davon absehen, daß die angeführte Novelle eine unglossirte ist, so hat sie andern Theils auch einen so singulären Charakter, daß der daraus zu ziehende Gewinn für unsere Lehre nur ein geringer seyn kann.

C) Die oben berührte, wahrscheinlich einzige Stelle im römischen Recht, wo Kunst- und Sach-Verständige vom Criminalrichter in Gebrauch gezogen werden, ist: **D. XLVIII. 8. (Ad leg. Cornel. de sicar.) fr. 17. Si in rixa percussus homo perierit, ictus uniuscujusque in hoc collectorum contemplari oportet.** Das „**contemplari**" bezieht sich zweifellos auf das, durch fremde Geistesbildung gewaffnete, Auge des Richters, auf den beobachtenden, und den Fall nach den Regeln seiner Kunst zur Information des Richters beurtheilenden Arzt. Weiteren Stoff für unsere Lehre bietet das römische Recht nicht dar.

Nach dem Bisherigen dringt sich nunmehr die eben so schwierige, als interessante Frage auf:

> Worin der Grund für die offenbare Vernachlässigung der behandelten Materie in dem, wenigstens der Hauptmasse nach so fein und geistreich ausgebildeten, römischen Rechte zu suchen sey?

Es ist bekannt, daß die außergerichtliche Beilegung entstandener Rechtsstreitigkeiten, durch einen selbst gewählten

judex, bei den Römern vorzüglich häufig in Anwendung kam. War dies aber schon überhaupt der Fall, um wie viel mehr mögen die, nur durch Beiziehung kunst- und sachverständiger Personen entscheidbaren, Prozesse, wo die Parteien, gewissermaßen von selbst, auf das richterähnliche Institut der experti hingewiesen waren, auf diese Weise geschlichtet worden seyn? Diese Behauptung wird dadurch fast zur Gewißheit, daß in den meisten der oben angezogenen Gesetzstellen, vom Gebrauch der Kunst- und Sach-Verständigen in außergerichtlichen Geschäften die Rede ist. Man könnte daher wohl annehmen, daß das Bedürfniß nach einer umfassenderen Gesetzgebung, bei Vorliegenheit der angezeigten Umstände kein sehr fühlbares gewesen, und hierin der Grund der vernachlässigten Behandlung der Lehre zu suchen sey. Haltbarer scheint mir aber eine zweite Ansicht. Zieht man nämlich in Betracht, daß die Lehre von den Kunst- und Sach-Verständigen, bei dem unaufhörlichen Wechsel aller Verhältnisse des menschlichen Lebens, wenigstens in ihren einzelnen Theilen, mancher Modification ausgesetzt bleibt, so läßt sich denken, daß die römischen Gesetzgeber, mit dieser Idee vertraut, die Aufstellung von allgemeinen, durchgreifenden Regeln bedenklich gefunden haben mögen, so daß der in obiger Frage gesuchte Grund, in der unendlichen Mannichfaltigkeit und Schwierigkeit unserer Materie zu finden wäre. Erwägt man jedoch dagegen wieder die Oeffentlichkeit dieser Lehre in ihrer Existenz, und die entschiedene Natürlichkeit ihres Charakters, dann gewinnt man die gerade entgegengesetzte, aber gewiß richtigste Ansicht, daß eine gewisse, durch das eben angeführte Verhältniß hervorgerufene, Geringschätzung der ersteren, die Ursache des bemerkten Desiderii gewesen seyn möge, indem man, auf den Fall der praktischen Anwendung derselben, allgemeine Rechtsprincipien in Gebrauch nahm, und den gesunden Menschenverstand für ausreichend erachtete. Diese Ansicht wird noch dadurch sehr unterstützt, daß die im römischen Rechte niedergelegten Grundsätze unserer Lehre, selten

unter eigner Firma, sondern, unverzeihlicher Weise, meist durch das heterogene Institut des Arbiters [5]), und das noch heterogenere des Arbitrators [6]) in Ausübung gebracht werden.

Eine abweichende Ansicht findet sich bei Seeger, §. 5. seiner Abhandlung. Er erklärt den unläugbaren Mangel an Bestimmungen über das Verfahren mit Sachverständigen in den älteren Rechten durch die Angabe, daß die Verhältnisse einfacher, die Richter unmittelbar aus dem Volke hervorgegangen, und nur hie und da Veranlassung eingetreten sey, sich an Männer von besonderen Fachkenntnissen zu wenden. Wenn man aber bedenkt, wie innig das Leben der Römer, zur Zeit der Entstehung der betreffenden Gesetze, mit den Künsten, Wissenschaften und Gewerben aller Art verbunden, wie es sogar mit der feinsten Urbanität durchflochten war, so kann man Seeger nicht beistimmen. Auch verweise ich auf das Verzeichniß der Künstler und Handwerker im Codex: L. X. 64. (De excusat. artificum.) const. 1. 2.

Mit mathematischer Gewißheit wird sich die aufgeworfene Frage freilich nie beantworten lassen, allein da die Erörterung derselben meines Wissens noch bei keinem Schriftsteller zu finden ist, dürften auch schon vernünftige Vermuthungen am Platze seyn.

---

5) Außer den oben unter B, 1, 3, 4 angeführten Stellen vergleiche man vorzüglich auch D. X. 1. (Fin. regund.) fr. 7. „De modo agrorum abitri dantur." Schon darin, daß der vom römischen Prätor als judex bestellte arbiter, den vom instruirenden Magistrat in der Formel hingestellten Rechtsgrundsatz, auf das gewonnene Resultat seiner Thätigkeit anzuwenden, und somit die Sache unbedingt zu entscheiden verpflichtet war, liegt die Unvereinbarkeit der beiderseitigen Institute.

6) D. XVII. 1. (Mandati vel contra) fr. 35. — et tuam partem viri boni arbitratu aestimato pretio dari oportet Vergl. auch Mittermaier im Archiv f. civ. Prax. Bd. 2. S. 187.

§. 3.

II. Des canonischen Rechts.

Wenden wir uns zum canonischen Rechte, so ist die Ausbeute keine glücklichere. Auch hier findet man, vielleicht aus gleichen Gründen, nichts als einige Beispiele, wo Kunst- und Sach-Verständige, aber ebenfalls mehr in nicht prozessualischen Fällen zugezogen werden. Die hieher gehörigen Stellen sind folgende:

1) **X. II. 19. (De probat.) cap. 4.** Hier handelt es sich um die Ausmittelung einer unverletzten Jungfrauschaft, durch eine von sieben Frauen vorgenommene Ocularinspektion.

Ist diese Stelle auch von wenigem Belang für unser Thema, so lernt man doch aus den daselbst zweimal vorkommenden Worten: „testimonio septem mulierum,“ daß gegen das Ende des zwölften Jahrhunderts, in welche Zeit die Entstehung dieses Allegats fällt, die Sachverständigen in den geistlichen Gerichten als Zeugen behandelt worden zu seyn scheinen.

2) **X. II. 19. h. t. cap. 14.** Fast gleiche Bewandtniß hat es mit dieser Stelle. Auch hier werden zur Heraussetzung des jungfräulichen Zustandes bejahrte Frauen, von gutem Ruf, Erfahrung und Klugheit als Sachverständige zugezogen.

3) **X. II. 26. (De praescript.) cap. 9.** Nach dieser gesetzlichen Bestimmung soll die entstandene Gränzirrung wo möglich durch einen, vom Richter als Gehülfen beizuziehenden, Feldmesser, und zwar im Beiseyn des Richters beseitigt werden; dieselbe ist aber zu einer allgemeinen Richtschnur um deswillen nicht geeignet, weil sie einen speciellen Fall mit kirchlichem Interesse berücksichtigt.

4) **X. IV. 15. (De frigid. et malefic.) cap. 6.** Um zu untersuchen, ob eine Frau **ad viriles complexus idonea** sey, wird hier wieder die Einnahme eines Augenscheins durch Matronen, mit den bereits angegebenen Eigenschaften, aus-

gerüstet, verordnet; also eine Wiederholung des früher Gesagten.

5) X. V. 12. (De homicid. volunt.) cap. 18. Auch diese Stelle ist für uns wenig entscheidend, denn man erfährt durch sie weiter nichts, als daß zur Beurtheilung der Tödtlichkeit einer Verwundung, Aerzte als Kunst-Verständige beigezogen werden sollen [7].

Weitere Anhaltepunkte gibt auch das canonische Recht nicht; ebendeshalb darf es aber auch nicht befremden, wenn bei den geistlichen Gerichtshöfen des Mittelalters eine gleichförmige Praxis nicht gefunden werden kann.

§. 4.

Die Ansichten der italienischen Rechtsgelehrten des Mittelalters.

Wenn uns aus dem Bisherigen die wenig erfreuliche Erfahrung zuging, daß es der mehrbesprochenen Lehre, im römischen wie im canonischen Rechte, an ausreichenden gesetzlichen Bestimmungen fehle, so kann jetzt nichts von größerem Interesse seyn, als die Beachtung der Ansichten derjenigen Rechtsgelehrten, welche mit Recht als die Begründer einer Theorie unserer Lehre zu betrachten sind. Ich meine die italienischen Rechtsgelehrten des Mittelalters. Die Berücksichtigung ihrer Lehren ist aber um so unerläßlicher, als dieselben, nicht allein auf die Praxis der deutschen Gerichte des Mittelalters einen überaus großen Einfluß übten, sondern sogar, um mit v. Savigny's Worten zu reden, von den

---

7) Eine sehr merkwürdige, und gewissermaßen hieher gehörige, Bestimmung enthält auch Decr. Grat. P. I. dist. 20. can. 3., wo der von den Gesetzen und Autoritäten verlassene Richter die Weisung erhält: bei den zusammen zu berufenden Aeltesten seiner Diöces Rath einzuholen; und aus gleichem Grunde verdient hier angeführt zu werden: X. I. 4. (De consuetud.) cap. 3.

jetzt geltenden Theorien mehr, als wir glauben, in jener Zeit seine Wurzel hat. In Gemäßheit dessen sollen daher nunmehr die Ansichten jener für uns wichtigsten, insbesondere vom Anfang des 13. bis gegen das Ende des 15. Jahrhunderts gelebt habenden, Rechtsgelehrten, von den ersteren aber auch nur diejenigen aufgeführt werden, welche mit der Untersuchung der eigentlichen Natur und des Wesens der Kunst- und Sach-Verständigen, also mit obersten Rechtsprincipien dieses Instituts sich befassen, indem die mehr in das Detail gehenden Aufstellungen bei der specielleren Erörterung der Lehre nach Möglichkeit benutzt werden sollen.

Zuerst einige von den Glossatoren.

Azo † nach 1229. Obgleich dieser Rechtsgelehrte für eine der glänzendsten Erscheinungen in der Reihe der Glossatoren gelten muß, und seine Leistungen den mühsam errungenen Ruhm der Vorgänger fast wieder verdunkelten, so konnte derselbe eine richtige Ansicht von der behandelten Lehre doch noch nicht gewinnen. Wir finden bei ihm noch keine, wirklich wissenschaftliche Behandlung auch nur einer einzigen Branche dieser Materie, und aus mehreren Stellen seiner Summa zum Codex, die den Ruhm des Verfassers erst recht eigentlich begründete [8]), geht mit entschiedener Gewißheit hervor, daß Azo von dem römischen Irrthume, die Kunst- und Sach-Verständigen dem Institut des Arbiters und Arbitrators unterzuordnen, noch nicht frei war. So gebraucht dieser Jurist in der genannten Summa zum Codex (Lugduni, impressa per Anton. du Ry. 1530.) ad C. II. 56. (De recept. arbitr.) fol. 43 b. nr. 9. die das Bisherige bestätigenden Worte:

> Arbiter tamen dicitur quilibet vir bonus, super aliquo extimando electus.

Ferner heißt es ad C. V. 9. (De secund. nupt.) const. 6. §. 1. fol. 139 b. nr. 7.

---

8) Vergl. v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. Band 5. S. 26.

si tamen idoneam fidejussionem praebuerit (mater) quod easdem res mobiles vel earum pretium filiis primi matrimonii vel eorum liberis restituat et taxabitur pretium per arbitros electos a matre et filiis ejus sacramento interposito de extimatione rerum juste facienda.

Aus der Summe zu den Institutionen, welche mit dem eben angeführten Werke bekanntlich ein Ganzes bildet, scheint aber wieder zu erhellen, daß Azo die Kunst- und Sach-Verständigen für Richter gehalten haben muß, denn er sagt ad F. IV. 5. (De obligat. quae quasi ex delicto nascuntur.) fol. 289. nr. 2.

Item queri potest cur non teneatur judex ex maleficio vere. si imperite judicat sicut medicus quod imperite secat pp.

Weiteres Material habe ich in beiden angeführten Schriften nicht entdecken können.

Aehnliches Schicksal hat man mit

Tancredus 1214—1234. Sein ordo judiciarius (Coloniae ap. Jo. Birkmannum et Wernerum Richwinum 1565. 8. ed. Petrus S'alúnus Aquilius j. civ. et can. doctor.) ist ein Werk, welches gleichfalls eines ungemeinen Ansehens sich zu erfreuen hatte [9]; dennoch habe ich daselbst nicht ein einziges Wort über Kunst- und Sach-Verständige finden können, und die Lib. I. Tit. 6. p. 25. §. 3. aufgestellte Aeußerung: Sequitur, de quibus causis possit compromitti in arbitros. et dicitur, quod de omnibus, exceptis criminalibus, et liberalibus, et matrimonialibus scheint die Behauptung, daß sein Urtheil über die eigentliche Natur der Experten eben so wenig geläutert gewesen, als das des Azo, vollkommen zu bestätigen. — Bisher war Alles ein Spiel trauriger Ungewißheit. Nun aber taucht ein Gestirn

9) v. Savigny a. a. O. S. 111.

auf, welches Strahlen von der segensreichsten Wirkung in die Nacht dieser Lehre warf.

Durantis, 1237—1296, war es, in dessen hochgebildeter Seele die Ahnung der Möglichkeit einer wissenschaftlichen Behandlung zum völligen Bewußtseyn heranreifte. In seinem nicht nur einst, sondern bekanntlich sogar jetzt noch berühmten Werke: „**Speculum juris**“ [10]), legte er unter dem Titel: „**de requisitione consilii**“ [11]) einen Schatz von einschlägigen Kenntnissen nieder, der zwar, wie alles Menschliche, nicht frei von Irrthum war, gleichwohl aber reiche Zinsen für die Zukunft trug. Durantis kannte die Beziehung der Experten, sowohl von richterlicher als parteilicher Seite, fehlte aber darin, daß er diese beiden Hauptfälle der nöthigen Sonderung nicht unterwarf. Die **ex officio** gerufenen Kunst- und Sach-Verständigen, hält er für Gehülfen des Richters; spricht sich dagegen über das Wesen der von den Parteien gerufenen gar nicht aus, und nennt beide auch wieder **judices**. Er verdient vorzugsweise den Namen des Begründers der Theorie dieser Lehre, denn kein früheres Werk führt so tief in ihre Einzelnheiten [12]).

---

10) Ich citire dieses Buch von nun an nach folgender Ausgabe: Gul. Durandi episcop. Mimat. Speculum juris. Basil. ap. Ambrosium et Aurelium Frobenios fratres. 1574. fol.

11) Lib. II. Part. II. p. 762 sqq. Die Behandlung dieser Materie unter diesem Titel scheint in jenen Zeiten sehr üblich gewesen zu seyn, denn es ist nicht nur der S. 766 befindliche Zusatz von Baldus so überschrieben, sondern es heißt auch am Ende desselben, daß über diese Materie in dem Tractatus des Bartolus: de requisitione consilii viel Gutes enthalten sey.

12) Daß vorher kein praktischer Schriftsteller, außer Aegidius, dieses Thema abgehandelt habe, bezeugen die Anfangsworte der Additio, gleich unter dem Titel: de requisitione consilii; bei Aegidius aber, dessen Schriften nach v. Savigny a. a. O. Band 5. S. 459 ff. nie zum Druck befördert worden sind, sey es unter dem Titel: de assessoribus geschehen.

Bartolus a Saxoferrato, 1314—1357. Die Erwähnung der Ansichten dieses Juristen hielt ich deshalb für unerläßlich, weil er, der größte Jurist des Mittelalters, nicht nur als Lehrer und Schriftsteller einzig da stand, sondern auch auf die Gerichte und Gesetzgebungen einen solchen Einfluß ausübte, daß seinen Meinungen in Spanien und Portugal sogar gesetzlich bindende Kraft beigelegt wurde [13].

Aus den Commentarien des Bartolus geht zur Genüge hervor, daß auch ihm die Beiziehung der Kunst- und Sach-Verständigen, sowohl von Seiten des Richters als der Parteien, bekannt war; allein über ihre eigentliche Natur spricht er sich ebenfalls keineswegs entscheidend aus. Er bezeichnet den Ausspruch der periti in arte mit judicium und testimonium, gibt aber zu, daß da, wo es mehr darauf ankomme, ein Urtheil abzugeben, als ein Zeugniß zu erstatten, boni homines zugezogen werden müßten. So könne ja auch der Werth einer Sache durchaus nicht allein mittelst sinnlicher Wahrnehmung, sondern vielmehr unter Mitwirkung der Urtheilskraft herausgesetzt werden.

Angelus de Ubaldis, 1328—1407. Der in seinen Werken sich vorfindende Stoff für unsere Lehre ist nur ein unbedeutender zu nennen. Angelus spricht zwar von Fällen, wo die Kunst- und Sach-Verständigen sowohl vom Richter als durch die Parteien beigezogen werden, allein ohne strenge Sonderung. Ueber das Wesen der ersteren gibt er keine genaue Auskunft, allein aus den einmal bei ihm vorkommenden Worten: Sed an isti qui deponunt de artis peritia debeant deponere jurati? erhellt mit ziemlicher Gewißheit, daß ihm die experti wie Zeugen erschienen.

Bartholomaeus de Saliceto, † 1412. Auch dieser Jurist läßt uns über die Natur und das Wesen der Kunst- und Sach-Verständigen in ziemlicher Ungewißheit. Er spricht über die Wahl derselben ganz im Allgemeinen,

---

13) Vergl. v. Savigny a. a. O. Band 6. S. 136. 137.

ohne anzugeben, von wem sie bewirkt werde. Einmal äußert er, daß die **materia arbitrorum**, durch welche Würderungen vorgenommen würden, der der Zeugen durchaus nicht ähnlich sey, nimmt aber gleichwohl keinen Anstand, wieder an zwei anderen Stellen zu sagen, daß die **de peritia artis deponentes** vorher vereidigt werden müßten. Er meint dann auch: was die Zeugen aussagen, gehöre der Vergangenheit an, in den Kreis der Gegenwart aber die Schätzungen der **arbitri**.

Paulus de Castro, † 1441. Erörterungen über die rechtliche Bedeutung der Kunst- und Sach-Verständigen sind bei ihm nicht anzutreffen. Bloß bei Gelegenheit der Beschäftigung mit dem Codextitel: **de fide instrumentorum**, bietet er uns einigen Stoff dar. Er stellt die Ansicht auf: der Richter könne die Schriftenvergleichung den **peritis ut notariis** recht füglich übertragen, nennt dann die **periti** wieder **commissarii**, welche nicht wie Zeugen, sondern wie Kunstverständige, durch Anwendung ihrer Urtheilskraft deponiren, und äußert später wieder, mit dem Angegebenen im Widerspruch, daß die Schriftenvergleicher wie andere Zeugen verworfen werden könnten.

Nicolai de Tudeschis (Panormitanus), † 1445. Bei ihm finden wir wieder reicheres Material. Dieser Canonist nennt die Kunst- und Sach-Verständigen, bei Commentirung des Decretalentitels **de probationibus**, wo er eben überhaupt unser Thema abhandelt, **boni instructores**; legt ebenfalls mit kurzen Worten seine Kenntniß vom doppelten Gebrauch der Experten an den Tag, ist aber über die eigentliche Bedeutung derselben durchaus nicht im Klaren. So bezeichnet er das von ihnen abgegebene Gutachten bald mit **judicium**, bald mit **attestatio** oder **testimonium**, sagt aber auch wieder, daß dieselben nur **tanquam testes** deponiren. Das Tadelnswerthe an der Doctrin dieses Schriftstellers wird aber übrigens durch seine vielen, echt praktischen, und tief in

das Innere dieser Lehre eindringenden, Bemerkungen zur Zufriedenheit ausgeglichen. Er ist ein zweiter Durantis.

Im Prozeß des **Lanfrancus de Oriano**, nach Danz [14]) Professor zu Padua im Jahre 1457, und in den Werken des

Jason de Mayno, 1435—1519, habe ich keine Spur von, unserem Thema geschenkter Thätigkeit entdecken können.

Joannes Campegius Mantuan. 1448—1511, in seinem **Tractatus de testibus** hält die Kunst- und Sach-Verständigen geradezu für Zeugen, gibt aber auch genügend zu erkennen, daß ihm der Gebrauch der ersteren, sowohl von Seiten des Richters als der Parteien bekannt ist. Bei

Hippolytus de Marsiliis aus Bologna, 1450—1529, dessen **Repetitio Rubricae Cod. de probationibus (Jenae 1586)** ich einzusehen Gelegenheit hatte, bekümmert sich wieder nicht im mindesten um unsere Lehre.

Joannes Crotus a Monteferrato (gegen das Ende des 15. und zu Anfange des 16. Jahrhunderts) läßt in seinem Werke: **Tractatus de testibus**, außer der Behauptung, daß die periti in arte Zeugen seyen, nur wenig Worte über deren Vereidigung und die Natur des von ihnen abzuleistenden Eides fallen. Sehr bedauerlich ist es aber, daß der treffliche Alciat, der freilich in Bezug auf seine Thätigkeit schon ins 16. Jahrhundert gehört, diese Materie so ganz mit Stillschweigen übergangen hat.

§. 5.

III. Des deutschen Rechts.

Eben so arm an gesetzlichen Bestimmungen für unsere Lehre, wie das römische und canonische Recht, sind die deut-

14) Ich sage nach Danz (in der von Gönner besorgten Ausgabe des ordentlichen Prozesses, Stuttgart 1821. S. 32.); denn bekanntlich herrschen über die Entstehung dieses Buches manche Zweifel. Vergl. v. Savigny a. a. O. Band 6. S. 215.

schen Reichsgesetze [15]). Die peinliche Gerichtsordnung bestimmt im Art. 35., daß eine Jungfrau, welche heimlich ein Kind gehabt, und im Verdacht sey, dasselbe getödtet zu haben, an heimlichen Stätten durch verständige Frauen besichtigt, Art. 147., daß, wenn Jemand geschlagen worden, und der Tod darauf erfolgt sey, mithin zweifelhaft wäre: ob er in Folge der Schläge eingetreten oder nicht, sodann Wundärzte, Sachverständige und andere, des Vorfalls kundige Personen als Zeugen vernommen, und endlich Art. 149., daß die Leiche des Entleibten vor dem Begräbniß, mit Zuziehung eines oder mehrerer Wundärzte, besichtigt, und das Resultat mit Fleiß aufgezeichnet werden soll; weiter erfährt man aber nichts. Die „Erneuerte Ordnung etlicher Punkten, belangend den gerichtlichen Prozeß des Kaiserlichen Cammergerichts ꝛc. zu Speier im Jahr 1538 aufgericht," schreibt unter **Nr. XXII.** nur den Eid vor: „so ein Balbierer oder einer andern Kunst Erfahrener schweret, über das, so ihm aus Erfahrung seiner Kunst bewußt ist," und die Cammerger. Ordnung vom Jahre 1555 **I. LXXXV.** enthält dessen wörtliche Wiederholung. Hiermit ist unsere ganze Materie abgethan, wenn man nicht etwa noch den Reichsschluß vom 17. Febr. 1671 hieher zählen will, welcher im Handel und Wandel auf das Gutachten der Sachverständigen verweist, ohne jedoch das richterliche Ermessen zu beschränken.

Daß sich nach dem Bisherigen, bei so wenig gesetzlicher Grundlage, in den Gerichten Deutschlands eine ganz verschiedenartige Praxis, und in Folge derselben bald auch eine

---

15) Wenn die Praxis der ältesten deutschen Gerichte keine Beispiele von besonderer Zuziehung von Kunst- und Sach-Verständigen aufzuweisen hat, so lag dies theilweise allerdings in der Einfachheit des Lebens jener Zeit, hauptsächlich aber in der Organisation der Gerichte selbst. Nur bei nöthigen Würderungen wurden Männer aus dem Volke, aber als Richter herbeigerufen. Vergl. Seeger a. a. O. §. 42. 43. 50.

eben so unsichere Theorie bilden mußte, ist zu augenscheinlich, als daß sich gegründete Zweifel dagegen erheben könnten. Wenn man daher findet, daß auch die älteren deutschen Rechtslehrer und Prozeßordnungen die Kunst- und Sach-Verständigen eine sehr von einander abweichende Rolle spielen und sie bald als Richter [16]), bald als Zeugen [17]), bald in dieser oder

---

16) Mynsinger obs. camer. cent. VI. obs. 85. Berlich concl. sq. ur. 35. Carpzov de for. P. I. const. 26. def. 1. nr. 4. Mevii decis. p. III. dec. 215. J. H. Böhmer jus eccles. Protest. L. II. Tit. XXVII. §. XIX sq. Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. S. 215. Der Italiener Rob. Maranta de ord. judicior. P. VI. nr. 130. 131. scheint sich auch zu dieser Ansicht hinzuneigen; er nennt das von den Experten abgegebene Gutachten: sententia lata ex judicio expertorum, fügt aber bei, der Erlangung der Rechtskraft sey es nur dann fähig, wenn beide Parteien sie gewählt hätten. Auch sein Landsmann Jos. Mascard de probat. Vol. III. concl. 1169. nr. 21. hält die Kunst- und Sach-Verständigen für Richter.

17) Ummii disput. ad process. judiciar. Jenae 1616. pag. 741. Andr. Beier, Advocatus rerum opific. peritus etc. cap. XXVIII. XXIX. XXX. Seyfarl, deutscher Reichsprozeß. cap. XVI. §. 8. v. Cramer Wetzlar. Nebenstunden. Th. 6. Nr. III. §. 1. pag. 36. Siehe auch: Archiv für civ. Prax. Bd. 2. pag. 120. nr. 8. Die Prozeßordnungen mehrerer sächs. Länder behandeln diese Lehre sehr dürftig unter dem Titel: Vom Beweis durch Augenschein und Rechnung, ohne sich für eine bestimmte Meinung zu entscheiden. Churfächs. Prozeß- und Gerichts-Ordn. de anno 1622. Nr. 28. Erläuter. und Verbesser. dazu de anno 1724. ad Tit. XXVIII. pag. 160. Fürstl. Schwarzb. Rudolst. Proz. Ordn. de anno 1704. P. II. Tit. VXXII. §. 1. und 2. Altenb. Proz. Ordn. de anno 1744. P. I. cap. XXVIII. §. 2. 5. Goth. Proz. Ordn. P. I. cap. XXVIII. §. 2. 5. Auch sie scheinen die Kunst- und Sachverständigen für Zeugen zu halten. Franciscus Bursatus mantuan. Consil. Lib. II. cons. CLXXXIV. nr. 2. neigt sich zu gleicher Ansicht hin, indem er sagt, daß die Depositionen der Kunst- und Sach-Verständigen mehr auf sinnlicher Wahrnehmung beruhen, als durch die Thätigkeit der Urtheilskraft erzeugt würden; nur bei den Schätzungen sey es umgekehrt.

jener Eigenschaft [18]) auftreten lassen, so darf dies eben so wenig befremden, als wenn wir die bewährtesten neueren Rechtslehrer dieser Materie halber literarisch sich bekämpfen sehen. Erst der neuesten Zeit, welche so manche wichtige Reform in den verschiedenen Zweigen der Rechtswissenschaft durch anerkennungswerthen Fleiß und das angestrengteste Studium hervorbrachte, gebührt das Verdienst einer richtigeren, mehr systematischen Behandlung dieser Lehre, und ihrer Reinigung von manchen Schlacken. Völlige Einheit der Meinungen wird bei dem tüchtigsten Streben freilich nie errungen werden, und eine, wenigstens theilweise, unsichere Doctrin, ein schwankender Gerichtsgebrauch und die gesunde Vernunft werden so lange zu den hauptsächlichsten Grundpfeilern dieser Einzelnwissenschaft zu zählen seyn, bis die Gesetzgebung in den einzelnen deutschen Staaten die vermißte Einheit hervorruft.

§. 6.

Die Literatur dieser Lehre.

Die Literatur gegenwärtiger Materie ist noch von keinem Schriftsteller [19]), der sich darin versucht hat, in genügender Vollständigkeit dargeboten worden. Der Verfasser vorliegender Abhandlung, welcher diesen Uebelstand, bei deren Ausarbeitung selbst auch lebhaft kennen lernte, hielt es daher für

---

18) Fink de judic. perit. §. 22. 45. Selten ist ein Rechtsinstitut von so verschiedenem Standpunkt aus betrachtet worden. Schon die verschiedenen Benennungen, unter denen die Kunst- und Sach-Verständigen von den Rechtsgelehrten aufgeführt wurden: — arbitri, arbitratores, viri boni, boni homines, boni instructores, consiliarii, commissarii, assessores, consultores, judices, testes, tanquam testes, sapientes, artifices — sind die sicherste Bürgschaft für die große Unsicherheit in den obersten Grundsätzen dieser Lehre. Vergl. noch Mascard. l. c. Vol. I. concl. 430. nr. 5. mit nr. 7.

19) Selbst die Literatur bei Seeger a. a. O. §. 9. hat manche Lücken.

kein ganz nutzloses Bemühen, in diesem §. eine möglichst genaue Uebersicht der ersteren zu gewähren. Es waltete dabei nicht die kleinliche Tendenz vor, Literaturkenntnisse zur Schau zu tragen, die ohnehin am besten aus dem Inhalt einer jeden Arbeit selbst beurtheilt werden, sondern es leitete ihn einzig und allein die gute Absicht, für den Fall einer umfassenderen Behandlung dieser Lehre, auf das darin bis jetzt Geschehene nach Kräften aufmerksam zu machen, und hinlängliches Material zur Verarbeitung nachzuweisen, obschon denkbar ist, daß ein solches Beginnen auch für das bloße Selbststudium und den praktischen Juristen eine wünschenswerthe Erscheinung seyn dürfte [20].

A. Aeltere Literatur, bis zum Ende des 18. Jahrhunderts.

Gul. Durandi Episcopi Mimat. Speculum juris. Basil. ap. Ambrosium et Aurelium Frobenios fratres. 1574. fol. Lib. II. Partic. II. De requisitione consilii. pag. 762 sqq.

Bartoli de Saxoferrato Commentaria super prima parte ff. vet. Lugduni per Magistrum Jacobum Saccon. 1518. fol. ad I. 1. (de justitia et jure) fol. 3b. nr. 8. sqq.

Dessen Commentaria in primam Infortiati partem. Impressit Lugduni Joannes de Jonvelle (quem Piston dicunt) 1522. fol. Ad. L. XXV. 4. (De ventre inspic.) fr. 1. pr. pag. 43 b.

Lectura Do. Bartoli de Saxoferrato super secunda Parte Infortiati. Lugduni impressa per Joannem de Jonvelle (Piston). 1522. fol. Ad Lib. XXXVII. 4. (De bonor. possess.) fr. 10. fol. 164. nr. 1. 2.

---

20) Wenn später, bei Behandlung der Einzelnheiten dieser Lehre, Manchem die Anzahl der aufgeführten Vertheidiger vielleicht zu groß erscheinen sollte, so sey zu meiner Entschuldigung hier vorausgeschickt, daß ich auch dann, theils im Sinne des eben Gesagten verfuhr, theils, ohne den Begriff einer communis opinio streng durchführen zu wollen, in der Uebereinstimmung vieler, anerkannten Doctrinal-Meinungen in Bezug auf bestrittene Behauptungen, eine für die Wissenschaft unläugbar vortheilhafte Beruhigung erblicke.

Bartoli a Saxoferrato in primam Codicis partem commentaria. Lugduni in tipographia Joannis Crespin al's du Quarre. 1537. 4. Ad. C. IV. 21. (De fide instrum.) const. 20. fol. 269 b.

Ebendas. ad C. IV. 44. (De rescind. vend.) const. 2. fol. 300 a. nr. 21. 22.

Ebendas. ad C. V. 9. (De secund. nupt.) const. 6. fol. 313 a.

Dessen Commentaria in tres cod. libros. Lugd. 1538. 4. Ad. L. X. 71. (De ponderatoribus et auri illat.) fol. 44 a. nr. 1—4.

Dessen Commentaria in Auten. libros. Lugd. Excudebat Thomas Bertellus. 1547. ad Nov. VII. cap. 3. §. 2. fol. 13 b.

Dessen Tractatus de testibus, im Tractatus de testibus per Joannem Bapt. Ziletum. Venet. 1568. pag. 52.

Angelii Ubaldi Perusini in primam ff. Veteris commentaria. Venetiis, ad signum Aquilae se renovantis, 1580 fol. pag. 2 a. Prooem. nr. 1. 10.

Dessen Commentaria in codicem. Venet. 1579. fol. ad Cod. IV. 21. (De fide instrum.) const. 20. pag. 85. Lex XIX.

Ebendas. ad C. V. 9. (De sec. nupt.) const. 6. pag. 114 a. Lex VI.

Ebendas. ad C. VIII. 34. (De jure dominii impetr.) const. 3. pag. 231 a. Lex. fin. nr. 5.

Bartholomei a Saliceto Commentaria super III. et IV. Cod. Lugduni, excudebant Franciscus et Claudius Marchant fratres. 1549. fol. ad C. IV. 21. (De fide instr.) const. 20. T. II. pag. 150 a. nr. 3. Auch schon ad C. III. 39. (Fin. reg.) const. 3. pag. 81 b. nr. 2. Dann ad C. V. 9. (De sec. nupt.) cst. 6. §. 1. T. III. p. 12 b. nr. 10. 11.

Pauli Castrensis Praelect. in Cod. Lugduni, excudebat Franciscus Mercator et Claudius frater ejus. 1546. ad L. IV. 21. (De fide instr.) const. 20. pag. 179 b. nr. 10. 11. 12.

Nicolai de Tudeschis Siculi: Abbatis monacenn. Archiepiscop. Panormitani sacrosanctae Romanae ecclésiae Cardinalis secunda pars commentarior. in secund. decretalium. Lugd. excudebat Blasius Guido 1555. fol. ad II. 19. (De probat.) cap. 4. pag. 7 b. nr. 3—11.

Joannis Campegii Tractat. de testibus, im Tractat. de testibus col. Agr. 1596. 4. fol. 714. Reg. CCCII.

Joannis Croti a Monteferrato Tractatus de testibus, im Tract. de test. per Zilet. pag. 655. nr. 227.

D. Rob. Marantae Venusii Tractatus de ordine judiciorum. Colon. ap. Jo. Birckmann. et Theod. Baum. 1569. 8. P. VI. pag. 547 nr. 131. 132.

Hieronymi de Monte Tractatus de Finibus. Norimb. 1710. cap. XXX—XXXIII. incl.

D. Francisci Bursati Mant. Consilia sive Responsa. Francf. 1601. L. II. cons. CLII. nr. 47. cons. CLVI. nr. 17. cons. CLXXXIV. nr. 2. 3. 4. 7. 9. 10.

D. Andr. Gail. Observ. pract. Col. Agr. 1592. 4. L. II. Obs. CXI.

Jos. Mascardi conclusiones probationum omnium. Francf. ad Moen. 1585—1588. Vol. I. concl. 430. II. concl. 615. nr. 6. concl. 653. 1038. Vol. III. concl. 1146. 1169. 1208.

Dn. Joach. Mynsingeri singularium observationum imperialis camerae Centur. VI. ed. Arnold. de Reyger. Viteb. 1658. Cent. VI. obs. 34. 35.

Fulv. Paciani de probationibus libri duo, cum addit. Franc. Caletti et praef. Sam. Strykii. Francf. et Lips. 1703. L. I. cap. 47.

Rutger. Rulant de commissariis et commissionibus camerae imperialis etc. Francf. ad Moen. 1597. P. I. Lib. IV. cap. 1—11.

Arnoldi de Reyger Thesaurus juris curante Ahasv. Fritschii. Francf. et Lips. 1667, sub voce „Peritus" pag. 598 sqq.

Prosp. Farinacii Tractat. de testibus. Francf. 1606. L. III. Tit. 7. qu. 70. nr. 102.

Math. Berlichii conclusiones practicabiles secundum ord. constitutionum Divi Augusti elect. Saxon. discussae. Francf. et Col. 1693. P. I. concl. 47. 59.

Bened. Carpzovii Opus definit. forens. ed. Andr. Mylius. Lips. et Francf. 1684. P. I. const. 26. def. 1—5. P. IV. const. 33. def. 5. nr. 8.

Dav. Mevii decis. summi tribunalis Vismar. Francf. et Strales. 1681. P. II. decis. 261. III. 215. IV. 306. 359. VI. 160. 161. 162. 163. 164. VIII. 28.

J. G. Simon Dissert. de fide oculata. Jenae 1670. et in ejus Praesid. acad. P. I. pag. 509 sqq.

Jo. Brunnemani Tractatus jurid. de Processu etc. Witteb. 1679. cap. XXII.

Chr. Phil. Richteri Elaboratio Libri II. Decretalium Tit. XIX. de probationis (angebunden an dessen Decis. juris variae. ed. G. Ad. Struv. Francf. et Lips. 1689). pag. 20. nr. 20. pag. 78. nr. 11. pag. 79. nr. 22.

J. N. Fink de judicio perito. Argent. 1673.

J. N. Hertius de oculari inspectione. Giessae 1683.

G. A. Struv. de testimonio peritorum. Jenae 1687.

Adr. Beyer, Advocatus rerum opificialium peritus, s. processus mechanicarum causarum forensis. Francf. et Lips. 1707. cap XXX. §. 1—12.

L. G. Martini processus continuatus. Francf. et Lips. 1710. Tit. XXVIII. pag. 631.

J. E. Link de oculari inspectione. Argent. 1710.

E. Tenzel de inspectione oculari. 2 rf. 1726.

J. F. Seyfarts teutscher Reichs-Prozeß. Halle 1738. cap. XVI. pag. 330 flgde

Jo. Balth. a Wernher selectae observ. forens. ed. Kemmerich. Jenae 1738. P. IV. obs. 234.

E. C. Canz Tr. de probal. juridica s. de praesumtione. Tubing. 1744. 1751.

v. Cramer Wetzlarische Nebenstunden. Ulm 1757. Th. 6. pag. 85. flgde.

Scheinemann de oculari inspectione. Tubing. 1760.

J. G. Mayer de singularibus probationibus per inspectionem ocularem magis determinatis. Erlang. 1770. Diss. I. II.

L. F. Fredersdorf Anweisung für angehende Justizbeamte und Unterrichter. Lemgo 1772—1774. Bd. 2. S. 312.

F. Flor. Rivinus de judicio peritorum in arte. Viteb. 1775.

v. Pufendorf Observat. juris universi. Darmstadt 1786. P.II. Obs. CV.

D. Just. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Prozeß. Göttingen 1780. II. §. 303. ff.

v. Quistorps rechtliche Bemerkungen. Leipzig 1793. Band 1. Bem. CIX. pag. 391.

Vollständige Erläuter. des gem. teutschen und sächs. Prozesses. Leipzig 1793. Th. 3. §. 82.

B. Die Literatur des 19. Jahrhunderts.

v. Ende vermischte juristische Abhandlungen. 1. Band, Zelle 1802. Nr. 2.

Schneiders vollständige Lehre vom rechtlichen Beweis. Gießen und Darmstadt 1803. §. 176—194. §. 561—589., und Anmerk. XL. I. II. XLIII.

Martin und Walch Magazin für den gemeinen deutsch. bürgerl. Prozeß. 1802. 3. Heft I. 1.

v. Gönner Handbuch des deutschen gem. Prozesses. Erlangen 1804. Band 2. Abhandl. XLIV. XLV.

C. C. Stübel über den Thatbestand der Verbrechen ıc. Wittenberg 1805. §. 336—354.

F. v. Nowack der gerichtliche Beweis. Prag 1805. S. 287.

v. Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. Regensburg 1806. Th. II. Abschn. VIII.

Overbeck Gebrüder, Meditat. über verschiedene Rechtsmaterien. Hannover 1807. Bd. 11.

v. Glücks Commentar. Band 17. S. 62. §. 1028. (1815).

Goldschmidt Abhandlungen aus dem Civilprozeß. Frankfurt 1818. IX.

Puchta Gränzen des Richteramtes. Nürnberg 1819. S. 44.

Gensler im Archiv für civ. Prax, Band 1. S. 39—41. §. 6. (1820).

Danz's Grundsätze des ordentl. Prozesses. 5. Ausgabe v. Gönner. Stuttgart 1821. §. 350. ff.

Mittermaier in diesem Archiv. Bd. II. S. 119 ff. (1821).

Reinhards Handbuch des Civilprozesses. Stuttgart 1823. §. 184.

Th. Hagemanns praktische Erörterungen. Hannover 1824. Band 7. Erörter. XI. XII.

Pratobevera Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Erbstaaten. Wien 1814. Band 8. S. 209.

Heffter Institutionen des römischen und teutschen Civilprozesses. Bonn 1825. S. 225 ff. S. 367. 368.

Genslers Commentar, herausgegeben von Guyet. Heidelberg 1825. Zu §. 207.

v. Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Gießen 1826. §. 84.

Strubens rechtliche Bedenken, Ausgabe von Spangenberg. Hannover 1827. 1828. Band 3. S. 368 ff.

Puchta W. H. in der Zeitschrift für Civ. Recht und Prozeß. Band 3. S. 54—59. 1830.

Martins Lehrbuch des Civilprozesses. 11. Ausg. Heidelb. 1834. §. 218. ff.

Hier. Bayers Vorträge dazu. München 1834. S. 359 ff. S. 447 ff.

Bieneri systema Processus judiciarii et communis et saxonici. Ed. Siebdrat et Krug. Berol. et Lips. 1834. T. I. §. 154—156. incl.

Lindes Lehrbuch des deutsch. gem. Civil-Prozesses. Bonn 1835 §. 295. ff.

Hartitzsch Entscheidung praktischer Rechtsfragen mit Rücksicht auf Erkenntnisse von Oberbehörden. Leipzig 1840, unter dem Worte „Zeugen."

Zentner zur Lehre über die Gränzen der Wirksamkeit des Criminalrichters in Beziehung auf die Gutachten der Kunstverständigen, erläutert durch einen Rechtsfall. In Hitzigs Annalen, fortges. von Demme und Klunge. 1840. Heft 1.

C. A. Fr. Seeger [21]) das Verfahren mit Sachverständigen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Stuttgart 1841. 8.

D. j. Schaffrath über die Beweiskraft gewisser, aber freiwillig, außerhalb eines Prozesses vorgenommener Schätzungen von Gegenständen des Vermögens durch Sachverständige. In seinen praktischen Abhandlungen aus dem heutigen Römischen Privat-Rechte und gem. Teutsch. Civ.-Prozesse mit Entscheidung höherer Behörden. Bautzen 1841. Abhandl. XXVIII. S. 218 ff.

C. A. Weiske Handbuch des Civilprozesses mit vorzügl. Rücksicht auf das Königr. Sachsen. Leipzig 1841. §. 399—404.

§. 7.

Ueber einige, bei Behandlung dieser Materie bisher begangene, Unrichtigkeiten im Sprachgebrauch.

Fast alle neueren Abhandlungen über diese Lehre reden entweder bloß von einem Beweis durch Kunst- oder durch Sach-Verständige [22]); da aber in solchem Falle nicht nur Kunst-, sondern auch Sach-Verständige vorkommen, allein oder zusammen, ist beides nicht ganz richtig. Jene extendiren den Begriff der Kunst, diese den Begriff des Sach-

---

21) Obschon mir diese beachtungswerthe Abhandlung erst nach der Vollendung der vorliegenden zu Gesicht kam, habe ich sie dennoch nach Möglichkeit benutzt; besonders erfreulich war es mir aber, beide Arbeiten in vielen wichtigen Punkten dieser Lehre übereinstimmen zu sehen.

22) Man vergl. die angeführten Schriften von Danz, Gönner, Grolmann, Martin, und Schneider, Puchta in der Zeitschrift, Mittermaier, Bayer, Linde, Seeger, Schaffrath.

Verständigen über die Gebühr [23]). Die letzteren aber begehen eine größere Unrichtigkeit, denn sie subsumiren gewissermaßen das Genus unter die Species, während die Ersteren zwar passender, aber dennoch auch unrichtig das Gegentheil thun. Jeder Kunstverständige ist am Ende auch Sachverständiger, aber nicht umgekehrt.

Eben so unpassend gebrauchte man zeither den Ausdruck Beweis durch Kunst- und Sach-Verständige. Man verstand darunter sowohl den Fall der Beiziehung derselben von Amtswegen, als auf Antrag der Parteien, und bedachte dabei nicht, daß beim ersteren, wie später zu zeigen, von einer Beweisführung nie die Rede seyn kann.

Um beide Unrichtigkeiten zu umgehen, schlage ich die kurze Redeweise „Verfahren mit Fachkundigen" vor, welche bei genauerer Ueberlegung jeder Anforderung entsprechen dürfte. Doch zur Hauptsache zurück.

§. 8.

Ueber die Art und Weise der Begründung einer größeren Sicherheit in dieser Lehre.

Statt daß es sich die bedeutenderen Rechtsgelehrten, bei Vorliegenheit des §. 5. erwähnten, höchst unsicheren Zustandes unserer Materie zur heiligen Pflicht hätten machen sollen, der eingerissenen Willkühr energisch die Spitze zu bieten, und durch ihre geistige Präponderanz und ernstes, vereintes Streben bestmöglichste Uebereinstimmung in derselben hervorzurufen, sehen wir fast Jeden, mit dem frohen Bewußtseyn nach einer guten That, seiner eigenen, besonderen Ansicht folgen, und, trotz der Lückenhaftigkeit des Vorhandenen, neue unhaltbare Meinungen aufstellen, ohne zu bedenken, daß ein solches Beginnen vom Wohnsitz der Wahrheit immer mehr entfernen mußte. Es trägt aber dieser Umstand keineswegs die alleinige

---

23) Puchta a. a. O. S. 55.

Schuld an den zahlreich vorhandenen Zerwürfnissen. Ein zweiter und hauptsächlichster Grund ist darin zu suchen, daß man, mit dem Wesen dieses Wissenszweiges noch zu unbekannt, die Scheidelinien ihm verwandter Lehren des Civilprozesses, in die seinigen rücksichtslos herüberreichen ließ, und die ursprüngliche Klarheit auf diese Weise vollends trübte [24]).

An ein Ungeschehenmachen des erstbemerkten Fehltrittes ist nicht mehr zu denken, wohl aber läßt sich bezüglich des zweiten Gebrechens eine sichere Heilung dadurch erzielen, daß man mit der strengsten Sonderungsmethode die ganze Lehre zergliedert, die irrthümlich aufgenommenen Grundsätze, unter rücksichtsloser Verweisung in die ursprüngliche Heimath, ihres Bürgerrechtes verlustig erklärt, und ihr die angeborne Einfachheit dadurch zurückgibt. Daß aber hierin schon viel geschehen ist, läßt sich nicht bezweifeln. Mittermaier [25]) gebührt das ausschließliche Verdienst, dieser, bisher so unstet umhergeirrten Lehre eine sichere Stätte bereitet zu haben. Derselbe ging nämlich von dem Prinzip aus, daß diese ganze Lehre eine viel einfachere Ansicht gewinne, wenn man nur die zweifache Art, auf welche die Sachverständigen vorkommen, genau unterscheide; nämlich die Fälle, wo eine Partei der Experten als Beweismittel sich bedient, und diejenigen, wo der Richter deren Zuziehung ex officio verfügt.

So einfach auch diese Ansicht ist, und so nahe sie uns und der Wahrheit liegt, so hat meines Wissens kein früherer Rechtsgelehrter diesen Stoff in der eben bezeichneten Weise behandelt. Andeutungen finden sich aber allerdings [26]). Der Verfasser gegenwärtiger Abhandlung tritt der Mittermaierschen Ansicht, von deren Richtigkeit durchaus überzeugt, zwar bei, kann aber hier die Bemerkung nicht unterdrücken, daß man für die Erhaltung der Deutlichkeit der Begriffe in dieser

---

24) Schon Claproth klagt darüber; vgl. dessen Prozeß II. §. 317.
25) S. dessen Abhandlung in diesem Archiv. Bd. 2. S. 119 ff.
26) Claproth Prozeß II. §. 303. 4.

Rechtsmaterie noch mehr gewinnen würde, wenn man in den Prozeßcompendien und überhaupt die Erörterung der Lehre von der Zuziehung der Fachkundigen ex officio von dem Falle deren Gebrauchs Seiten der Parteien auch in sofern streng separiren wollte, daß man sie mit dem letzteren nicht zugleich abhandelt, sondern um so mehr gesondert darstellt, als ja der erste Fall unter die Theorie der Beweismittel und Beweisführung gar nicht gehört, folglich auch unter diesem Ausdruck nicht mit begriffen werden kann [27]). In diesem Sinne soll nun auch verfahren werden. Was die Erörterung der gerade am meisten bestrittenen Vorfragen anlangt, nämlich: ob die Fachkundigen Beweismittel sind [28]), ob sie in diesem Fall zu den eigentlichen oder uneigentlichen, zu den schleunigen oder nicht schleunigen gehören, ob sie Gehülfen [29]) des Richters,

---

27) Auch bei Seeger findet sich die gewünschte Sonderung nicht.

28) Dagegen streitet v. Gönner im Handb. II. Abh. 45. §. 1. Glück im Commentar Bd 17. S. 62. Dafür aber ist: Claproth Prozeß II. §. 303. Schneider vom Beweis §. 177. v. Grolmann Theorie des ger. Verf. §. 84. Puchta Gränzen des Richteramts. S. 45. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. Civ. Rechts. Th. I. §. 70. Gensler in diesem Archiv. Bd. I. S. 41. Martin Civ. Prozeß §. 134. §. 218. Not. c. Puchta in der Zeitschrift S. 34 sieht die ex officio beigezogenen Experten für uneigentliche und nur die, von der beweispflichtigen Partei gebrauchten, als eigentliche Beweismittel an. Dieser Meinung war aber auch schon Mittermaier in dies. Archiv Bd. 2. S. 122. Linde im Prozeß §. 295.

29) Dies behaupten Gönner, Glück a. a. O. Danz ord. Prozeß §. 350. a. E. Dagegen Linde a. a. O., insofern nämlich Fachkundige von der beweispflichtigen Partei gebraucht werden. Mittermaier a. a. O. S. 125 betrachtet nur die von Amtswegen beigezogenen Sachverständigen als Gehülfen des Richters. Siehe auch Puchta in der Zeitschrift S. 56. Der Mittermaierschen Ansicht ist auch Seeger a. a. O. §. 10. §. 11. §. 31. Daß auch schon Durantis dieselbe Ansicht hatte, sehen wir oben im §. 4.

rationale oder factische Zeugen [30]) sind, so werden dieselben, weil die angenommene Ansicht eine auf beide Hauptfälle sich erstreckende, Beurtheilung nicht füglich gestattet, wohl am besten bei jedem besonders in Erwägung gezogen.

---

30) Für rationale im Gegensatz factischer Zeugen hält sie Stübel, Crim. Verfahren II. §. 877. v. Grolmann a. a. O. Für Zeugen überhaupt außer den §. 4. angegebenen älteren Juristen, und den §. 5. Not. 17. Citirten: Schneider a. a. O. §. 177. Nach Nettelbladt Versuch einer Anleit. zur ganzen praktischen Rechtsgelehrtheit. Halle 1784. §. 388. sollen sie zwar Zeugen, aber doch keine gemeinen seyn, weil die Art der Beweisführung durch sie von der durch Zeugen verschieden sey. Dagegen im Allgem. Claproth a. a. O. §. 303. Danz ord. Proz. §. 350. a. E. Siehe auch Reinhard Handbuch des Civ. Proz. I. §. 186. 187. Linde Lehrb. §. 295. Nach Puchta in der Zeitschr. S. 57 ff. sollen die Experten in der Regel in der vereinten Eigenschaft als Zeugen und Urtheiler auftreten, und nach Mittermaier a. a. O. S. 122. 123. sind dieselben, wenn von den Parteien durch sie bewiesen wird, in Ansehung des Verfahrens ebenso zu betrachten, als wenn durch Zeugen bewiesen worden. Seeger a. a. O. §. 12. a. E. betrachtet sie in diesem Falle geradezu als Zeugen. Vergl. auch §. 28. 29. 31. Nach §. 30. sollen auch diejenigen Sachverständigen, deren Urtheil eine Partei sich außergerichtlich verschafft, und dem Gericht zur Unterstützung ihrer Vorträge vorlegt, Zeugen seyn. Weiske a. a. O. §. 899. sagt wieder: der Sachverständige sey nie Zeuge, ohne zu erklären, in welcher Eigenschaft er erscheine, — Man sieht, wie äußerst bestritten und schwierig diese Lehre ist, und wie sehr auch der geringste, ernstlich gemeinte Beitrag zu ihrer Berichtigung willkommen seyn muß.

(Beschluß im nächsten Hefte.)